



---

Kass.-Nr. AA090067/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

## **Zirkulationsbeschluss vom 21. September 2009**

in Sachen

**A.**

geboren ..., Staatsangehöriger von ...,  
whft. ...,  
Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. C.

gegen

**B. AG,**

In ...,  
Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. D.

betreffend

**Ausweisung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2009 (NL080210/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Parteien schlossen am 18. August 2004 einen unbefristeten (Unter-)Mietvertrag über ein Restaurant mit Nebenräumen (ca. 400 m<sup>2</sup>) und ein Boulevardcafé (ca. 25 m<sup>2</sup>) auf der zweiten Verkaufsebene des E. Super-Centers in F. ab; der Mietzins sollte 8% des Bruttoumsatzes, mindestens jedoch Fr. 6'500.-- im Monat betragen. Mietbeginn war der 1. Oktober 2004; kündbar war der Vertrag jeweils 12 Monate im voraus, auf Ende März und Ende September, frühestens auf 30. September 2008. Der Mieter hatte gemäss Ziff. 12 des Mietvertrages Kenntnis vom Hauptmietvertrag vom 26. März 1993 zwischen der E. und der Vermieterin (ER act. 3/2). Mit Schreiben und amtlichem Formular vom 2. April 2007 kündigte die Vertreterin der (Unter-)Vermieterin den Vertrag per Ende September 2008 (ER act. 3/3). Die Vermieterin ihrerseits kündigte ihren (Haupt-)Mietvertrag mit der E. am 17. Juli 2008 (OG act. 3/5). Diese forderte die (Unter-)Vermieterin nach Ablauf des Mietverhältnisses mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 auf, für die Ausweisung ihres Untermieters besorgt zu sein und das Mietobjekt ordentlich zurückzugeben (ER act. 3/5).

2. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2008 beantragte die (Unter-)Vermieterin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren, es sei dem (Unter-)Mieter zu befehlen, die Restaurationsräumlichkeiten in F. sofort zu räumen, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (ER act. 1). Mit Verfügung vom 13. November 2008 trat der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes G. auf das Ausweisungsbegehren nicht ein, auferlegte die Kosten der klägerischen Partei und verpflichtete diese zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an den Beklagten (ER act. 17 = OG act. 2).

3. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich hiess den von der Klägerin gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs mit Beschluss vom 17. März 2009 gut und befahl dem Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, die Restaurationsräumlichkeiten "H." in der zwei-

ten Verkaufsebene der Liegenschaft X.strasse 1 in F. (Restaurant und Nebenräume 400 m<sup>2</sup>, Boulevardcafé ca. 25 m<sup>2</sup>) sofort zu räumen und ordnungsgemäss zu übergeben (OG act. 17 = KG act. 2).

4. Gegen diesen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, und es sei auf das Ausweisungsbegehren nicht einzutreten, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1, S. 2). Die gleichzeitig beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Verfügung des Präsidenten vom 28. April 2009 gewährt (KG act. 6). Die gleichzeitig vom Beklagten beim Schweizerischen Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde bis zum Entscheid des Kassationsgerichtes sistiert (KG act. 8). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) beantragte die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9).

## II.

1. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes G. trat mit Verfügung vom 13. November 2008 auf das Ausweisungsbegehren der Klägerin und Beschwerdegegnerin nicht ein. Er erwog insbesondere, Einreden und Einwendungen der beklagten Partei, die nicht zum Vornherein haltlos erschienen, würden das Begehren illiquid machen, sofern sie von der klagenden Partei nicht sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden könnten. Die Einwendung des Beschwerdeführers, es sei zwischen ihm und der E. ein mündlicher Mietvertrag abgeschlossen worden, erscheine zumindest plausibel. Ebenfalls plausibel sei die Einwendung, der Beschwerdeführer habe der Beschwerdegegnerin und der E. vertraut, sonst hätte er auf Grund der hohen Investitionen sicherlich eine Mieterstreckung verlangt. Das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, es sei kein mündlicher Vertrag zwischen ihm und der E. zustande gekommen, könne die Einwendungen des Beschwerdeführers nicht sofort entkräften und die bestehenden Widersprüche könnten im vorliegenden summarischen Verfahren mit Beweismittelbeschränkung nicht geklärt werden. Es fehle somit an sofort beweisba-

ren tatsächlichen Verhältnissen, weshalb das Ausweisungsbegehren illiquid sei; der Beschwerdeführerin stehe das ordentliche Verfahren offen (unter Hinweis auf § 226 ZPO) (ER act. 17, S. 5).

2. Die Vorinstanz ging hingegen in ihrem Beschluss vom 17. März 2009 davon aus, allein mit den Behauptungen des Beschwerdeführers, welche nicht konsistent seien (es werde teilweise ein abgeschlossener, teilweise ein übernommener Vertrag und teilweise die Gelegenheit zum Vertragsschluss für den Fall, dass Interesse bestehen sollte, geltend gemacht), werde ein Mietvertrag mit der E. nicht rechtsgenügend behauptet. Nachdem derart inkonsistente Behauptungen in einem ordentlichen Verfahren nicht zum Beweis verstellt werden müssten, führe dies bezogen auf das Befehlsverfahren dazu, dass diese Behauptungen des Beschwerdeführers das Begehren der Beschwerdegegnerin nicht illiquid machen könnten (KG act. 2, S. 7).

Weiter führt die Vorinstanz aus, die Frage des Bestandes des Mietvertrages mit der E. könne letztlich offen bleiben, weil auch ein genügend behaupteter und nachgewiesener Mietvertrag die Ausweisung nicht verhindern könnte. E. habe als Hauptvermieterin gegenüber der Beschwerdegegnerin als Mieterin einen vertraglichen Anspruch auf Rückgabe des Mietobjektes. Die Rückgabe des Mietobjektes durch den Beschwerdeführer sei die Voraussetzung dafür, dass die Beschwerdegegnerin ihrerseits das Mietobjekt ihrer Vermieterin zurückgeben könne, andernfalls sie schadenersatzpflichtig werde. Zudem habe die Beschwerdegegnerin ein erhebliches Interesse daran, dass die Mietsache im Rahmen der Rückgabe von ihrer Vermieterin zurückgenommen und auf Mängel geprüft werde, ansonsten sie auch für später (z.B. vom Beschwerdeführer) verursachte Schäden haftbar gemacht werden könnte. Vor diesem Hintergrund könne es nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden, wenn die Beschwerdegegnerin auf der Rückgabe des Mietobjektes durch den Beschwerdeführer beharre, selbst wenn der Beschwerdeführer den Abschluss eines Mietvertrages mit der E. beweisen könnte. Die Frage des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beschwerdegegnerin würde sich erst stellen, wenn die E. sie auch ohne eine ordnungsgemäße Übergabe aus der Haftung entlassen hätte, was jedoch weder behauptet worden noch aus

den Akten ersichtlich sei. Im Gegenteil habe E. explizit mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 gegenüber der Beschwerdegegnerin auf der Rückgabe des Mietobjekts bestanden. Der Anspruch der Beschwerdegegnerin stütze sich auf Art. 267 OR und damit auf klares Recht und die Einwendungen des Beschwerdeführers vermöchten den rechtlich relevanten Sachverhalt nicht illiquid zu machen; dem Beschwerdeführer sei daher zu befehlen, die ehemals von der Beschwerdegegnerin gemieteten Räumlichkeiten sofort zu räumen und ordnungsgemäss zurückzugeben (KG act. 2, S. 5 - 8).

3. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, es sei ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt worden, indem im summarischen Befehlsverfahren auf das Befehlsbegehren trotz Illiquidität eingetreten und ein Befehl erteilt worden sei, anstatt die Beschwerdegegnerin in das ordentliche Verfahren zu verweisen. Damit seien die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit verletzt worden. Er habe sinngemäss die Einwendung vorgebracht, er sei gestützt auf Art. 253 OR und die Regeln über den unselbständigen Besitz zum Gebrauch der Restauraträumlichkeiten berechtigt und habe dies durch Erläuterung der geführten Gespräche nicht nur glaubhaft gemacht, sondern auch durch die Begründung der Kündigung des Untermietverhältnisses und die Einreichung der schriftlichen Bestätigung seines Schwiegervaters belegt. Es treffe somit nicht zu, dass er seinen obligatorischen und dinglichen Anspruch zur Nutzung der Restauraträumlichkeiten nicht einmal rechtsgenüglich behauptet haben solle. Zudem könne die Beschwerdegegnerin die Einwendungen des Beschwerdeführers im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht vollständig entkräften; schliesslich hänge die Frage des Zustandekommens eines Mietvertrages zwischen der E. und ihm nicht vom Willen der Beschwerdegegnerin ab. Die Frage des Bestandes eines Mietvertrages [gegenüber der E.] sei auch nicht unerheblich wegen der Frage des klaren Rechts. Wenn der Beschwerdeführer vor der Rückgabe der Räumlichkeiten an die Beschwerdegegnerin einen eigenen Mietvertrag über dieselben Räume abschliesse und einen obligatorischen Anspruch nach Art. 253 OR sowie einen ununterbrochenen erlaubten Besitz auf die Mietsache habe begründen können, sei die Rechtslage nicht mehr klar, selbst wenn die Beschwerdegegnerin aus ihrem Rechtsverhältnis gegenüber der E. nach Art. 267 OR zur Rück-

gabe der Mietsache verpflichtet wäre. Zusammengefasst hätte wegen der nicht entkräfteten Einwendungen des Beschwerdeführers und mangels klarem Recht nicht im summarischen Verfahren über die Ausweisung entschieden werden dürfen. Es hätte auch genügt, wenn eine der beiden Voraussetzungen der Illiquidität erfüllt gewesen wären. Somit verletze der angefochtene Entscheid einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und verstosse gegen klares materielles Recht (KG act. 1, S. 4 - 10).

4.1 Das Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO, welches auch bei der Ausweisungen von Mietern zur Anwendung kommen kann, setzt einerseits klares Recht und andererseits unstreitige oder sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse voraus. Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen, besteht Illiquidität und der Befehlsrichter kann auf das Begehren nicht eintreten (§ 226 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 11 zu § 222 ZPO und N4 zu § 226 ZPO). Die Handhabung klaren Rechts durch den Befehlsrichter setzt voraus, dass über den Inhalt einer Norm im jeweils gegebenen Sachzusammenhang Klarheit herrscht (Lieber, Handhabung und Verletzung "klaren Rechts", in: Festschrift für H.U. Walder, Zürich 1994, S. 213 ff., S. 223). Das Begehren ist illiquid, wenn der Beklagte Einreden und Einwendungen vorbringt, die vom Kläger nicht sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können. Vom Beklagten kann nicht verlangt werden, dass er seine Vorbringen glaubhaft zu machen habe, vielmehr hat der Kläger dessen Darstellung zu entkräften (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 226 ZPO und dazu bezüglich dem versehentlichen Wortlaut im Kommentar: Kass.Nr. 2000/300 vom 4. März 2001 i.S. G. AG, Erw. II.1.a). Nur Einwendungen des Beklagten, die sich als offensichtlich haltlos erweisen, bleiben unbeachtlich.

Auch in Fällen, welche dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition, ob die Vorinstanz zu Recht klares Recht im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO angenommen hat (ZR 93 Nr. 7, 79 Nr. 73). Wird demgegenüber die Rechtsauffassung als solche beanstandet, kann darauf gemäss § 285 ZPO nicht eingetreten werden (Kass.Nr. 94/462 vom 26. März 1995 i.S. R.S. AG, Erw. II.2).

4.2 Der Beschwerdeführer beanstandet vorliegend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von klarem Recht ausgegangen, weil entgegen der Ansicht der Vorinstanz das Vorliegen eines Mietvertrages zwischen ihm und der E. nicht bedeutungslos sei, sondern er vielmehr durch den Abschluss eines Mietvertrages über dieselben Räume einen obligatorischen Anspruch nach Art. 253 OR auf den Verbleib in diesen Räumen habe und durch den ununterbrochenen erlaubten Besitz einen dinglichen Anspruch auf die Mietsache habe begründen können. Diese Rüge ist vorab zu prüfen. Die Vorinstanz hat die Frage nach dem Vorliegen von klarem Recht auf Rückgabe der Mietsache vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin (auch) unter dem Aspekt geprüft (und gleichwohl bejaht), dass ein neuer Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der E. vorliegen würde. Das heisst, die Frage des Vorliegens eines neuen Mietvertrages (und somit auch die diesbezüglichen tatsächlichen Vorbringen) wurde insofern als unerheblich betrachtet und die Frage nach dem Bestand eines solchen Mietvertrages wurde offen gelassen (KG act. 2, S. 7). Ob diese rechtliche Beurteilung zutreffend ist, ist vorerst unter dem Aspekt des Vorliegens von klarem Recht zu prüfen.

4.3 Gemäss Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, währenddem der Mieter sich verpflichtet, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu bezahlen. Umgekehrt begründet die Übergabe der Mietsache durch den Vermieter an den Mieter gestützt auf den Mietvertrag einen obligatorischen Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache bei gültig beendeter Miete (Art. 267 OR; Higi, Zürcher Kommentar Teilband V2b, N 14 zu Art. 267 OR). Die Durchsetzung des vertraglichen Rückgabeanspruches des Vermieters richtet sich in prozessualer Hinsicht nach kantonalem Recht (in casu: Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO). In materieller Hinsicht ist die Durchsetzbarkeit davon abhängig, ob die Voraussetzungen der Rückgabe (gültige Vertragsbeendigung, Fälligkeit der Rückgabeleistung) erfüllt sind (Higi, a.a.O., N 74 zu Art. 267 OR). Die gültige Vertragsbeendigung zwischen den Parteien ist vorliegend nicht umstritten, hat doch der Beschwerdeführer bereits vor erster Instanz bestätigt, dass er die Kündigung nicht angefochten habe (KG act. 2, S. 4 mit Hinweis auf ER act. 14, S. 2). Weiter bestreitet der Beschwerdeführer eigentlich auch die Fälligkeit der Rückgabeleistung gegenüber der Beschwerdegegnerin

nicht, macht jedoch geltend, ihm stehe aus seinem (mündlich) geschlossenen Mietvertrag mit der Eigentümerin E. ein (besseres) Recht zum Verbleib in der Mietsache zu; jedenfalls sei die Rechtslage nicht mehr klar (KG act. 1, S. 9). Hierzu ist auszuführen, dass die Rechtslage zwischen den Prozessparteien zwar durchaus klar erscheint. Diese hatten einen (Unter-)Mietvertrag abgeschlossen, welcher rechtsgültig beendet worden war. Die Vermieterin (bzw. Untervermieterin) verlangt nunmehr die vertraglich geschuldete Rückgabe der Mietsache vom Mieter (bzw. Untermieter). Der (allfällige) obligatorische Anspruch des Beschwerdeführers auf Überlassung der Mietsache gemäss Art. 253 OR aus dem behaupteten neuen Mietvertrag bestünde nicht gegenüber der Beschwerdegegnerin, sondern allenfalls gegenüber der E..

Die Vorinstanz führte aus, der Beschwerdegegnerin könnte höchstens dann Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden, wenn diese ihrerseits von der Hauptvermieterin E. aus ihrer Haftung bezüglich der ordnungsgemässen Rückgabe der Mietsache entlassen worden wäre. Solches sei nicht dargetan worden (KG act. 2, S. 8). Bei der Annahme von klarem Recht im Zusammenhang mit allfälligen Umgehungstatbeständen bzw. von Rechtsmissbrauch ist Zurückhaltung geboten, allerdings kann insoweit klares Recht gegeben sein, als ein solcher Umgehungstatbestand bzw. Rechtsmissbrauch klarerweise vorliegt bzw. nicht gegeben ist (so schon Kass.Nr. 84/87 vom 5. Mai 1987 i.S. W., Erw. 4 und Kass.Nr. 2003/113 vom 16. Juli 2003 i.S. I., Erw. II.6.b). Dies erscheint vorliegend – entgegen der Annahme der Vorinstanz – jedoch fraglich. Setzt man (wie grundsätzlich auch die Vorinstanz, vgl. KG act. 2, Erw. 6, S. 7) die vom Beschwerdeführer behauptete, anlässlich einer Zusammenkunft mit Vertretern der E. und der Beschwerdegegnerin getroffene mündliche Vereinbarung eines Mietvertrages zwischen E. und ihm voraus, müsste der Abschluss dieses Mietvertrages eigentlich auch der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen sein. Ob sie somit auf die Aufforderung der E. zur ordentlichen Rückgabe der Mietsache hin zu Recht mit der Ausweisung des Beschwerdeführers reagieren durfte, erscheint zumindest fraglich, zumal es insbesondere missbräuchlich erschiene, wenn die E. trotz abgeschlossenem Mietvertrag mit dem Beschwerdeführer als Untermieter der Beschwerdegegnerin von Letzterer noch die ordnungsgemässe Rückgabe der Mietsache (welche den

Auszug des Untermieters voraussetzen würde) verlangen würde. Ob unter diesen Umständen die Beschwerdegegnerin zur Vermeidung der Geltendmachung von Haftungsansprüchen seitens der Hauptvermieterin E. die ordentliche Rückgabe der Mietsache vom Beschwerdeführer verlangen könnte, ohne dass Rechtsmissbrauch anzunehmen wäre, erscheint damit zumindest unklar und es kann diesbezüglich nicht von klarem Recht ausgegangen werden.

4.4 Kann man nicht davon ausgehen, dass selbst ein bestehender Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der E. dem Begehren der Beschwerdegegnerin um Ausweisung des Beschwerdeführers nicht entgegen stehen würde, wird die Frage nach dem Bestand dieses behaupteten Mietvertrages erheblich. Die Vorinstanz hat ungeachtet der Erwägung, dass die Frage nach dem Bestand des Mietvertrages offen bleiben könne, zuvor festgehalten, die Sachdarstellung des Beschwerdeführers, was den behaupteten Mietvertrag mit E. anbelange, sei nicht konsistent, da teilweise ein abgeschlossener, teilweise ein übernommener Vertrag und teilweise die Gelegenheit zum Vertragsschluss für den Fall, dass Interesse bestehe, geltend gemacht worden sei. Sie ging deshalb davon aus, der Beschwerdeführer habe den Mietvertrag mit E. nicht rechtsgenügend behauptet und derart inkonsistente Behauptungen könnten – wenn es sich vorliegend um ein ordentliches Verfahren handeln würde – nicht zum Beweis verstellt werden. Diese Behauptungen würden daher das Begehren der Beschwerdegegnerin im Befehlsverfahren nicht illiquid machen (KG act. 2, S. 7).

Die Liquidität eines Ausweisungsbegehrens im Befehlsverfahren ist immer dann zu verneinen, wenn die Einreden und Einwendungen des Ausweisungsbeklagten nicht als offensichtlich unbegründet oder haltlos erscheinen oder vom Ausweisungskläger nicht sogleich als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können (ZR 107 Nr. 13 m.w.H.). Es muss genügen, wenn auch nur ein Einwand nicht offensichtlich unbegründet oder haltlos erscheint bzw. nicht sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden kann, um das Begehren im Sinne von § 226 ZPO illiquid erscheinen zu lassen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Einwand in einem allfälligen ordentlichen Verfahren in der behaupteten Form zum Beweis verstellt werden könnte. Sollte die Sache wegen Illi-

quidität in das ordentliche Verfahren verwiesen werden, hätten die Parteien ohnehin die Gelegenheit, ihre Vorbringen – auch in Hinblick auf ein allfälliges Beweisverfahren – erneut zu deponieren und gegebenenfalls zu präzisieren. Ausschlaggebend ist einzig, ob die Einrede des Ausweisungsbeklagten nicht offensichtlich haltlos oder unbegründet erscheint oder vom Ausweisungskläger sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden kann, was jedoch bezüglich dem Einwand, es sei ein mündlicher Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der E. abgeschlossen worden, nicht gesagt werden kann (vgl. zur Frage der Erheblichkeit auch die obige Erwägung 4.3). Auch wenn der Beschwerdeführer teilweise widersprüchliche Behauptungen aufgestellt hat (abgeschlossener Mietvertrag; übernommener Mietvertrag; Gelegenheit zum Abschluss eines neuen Mietvertrages), ändert dies nichts daran, dass er doch auch klar geltend gemacht hat, er habe mündlich einen neuen Mietvertrag mit E. abgeschlossen (ER act. 14, S. 2 f. und ER Prot. S. 4 und S. 6). Ob dies zutrifft, wäre eben gerade in einem allfälligen ordentlichen Verfahren beweismässig abzuklären, kann jedoch auf Grund der Darlegungen weder als offensichtlich haltlos noch als völlig unbegründet oder unzutreffend bezeichnet werden. Somit könnte auch in tatsächlicher Hinsicht nicht von liquiden Verhältnissen ausgegangen werden.

4.5 Insgesamt ist damit die Vorinstanz zu Unrecht von klarem Recht und liquiden tatsächlichen Verhältnissen im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ausgegangen und hat einen Ausweisungsbefehl im summarischen Verfahren erteilt. Damit wurde § 226 ZPO über die sachliche Zuständigkeit und somit ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Der Rekursentscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich ist daher aufzuheben.

5. Die Sache ist spruchreif und das Kassationsgericht kann einen Entscheid in der Sache selbst fällen (§ 291 ZPO). Wie aus den obigen Erwägungen hervorgeht (Erw. 4.3 - 4.4), ist der erstinstanzliche Richter zu Recht davon ausgegangen, dass das vorliegende Ausweisungsbegehren nicht liquid im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ist und daher darauf nicht eingetreten werden kann. Der Rekurs der Ausweisungsklägerin und Beschwerdegegnerin ist daher abzuweisen und die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen

vom 13. November 2008 ist zu bestätigen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens der Klägerin und Rekurrentin (= Beschwerdegegnerin) aufzuerlegen und diese ist zu verpflichten, dem Beklagten und Rekursgegner (= Beschwerdeführer) für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

### III.

Ausgangsgemäss wird im Beschwerdeverfahren die Beschwerdegegnerin, welche die Abweisung der Beschwerde beantragte (KG act. 9, S. 2), kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2009 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
*"1. Der Rekurs wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes G. vom 13. November 2008 wird bestätigt.*  
*2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt.*  
*3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Klägerin auferlegt.*  
*4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen."*
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 15'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes G. (ad EU080087), sowie an das Schweizerische Bundesgericht (ad 4A\_208/2009), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: